数据驱动型并购创新效应的反垄断审查

王　磊

(中国政法大学　民商经济法学院, 北京 100088)

摘　要: 数据驱动型并购能够在更大范围、更深层次上聚合数据。平台滥用数据力量形成的竞争优势可能会损害数字市场上的创新。《反垄断法》明确将并购行为对创新的影响列为并购审查的关键考量因素,但如何构建数据驱动型并购创新效应反垄断审查的理论分析框架仍是理论研究较为薄弱的地方。应当以《反垄断法》及平台经济领域反垄断指南为指引,构建针对并购创新效应的二元审查路径。在初步审查阶段,应秉持数据中心主义的理念审查并购指向的数据是否特定、是否构成关键投入、是否可替代。在深入审查阶段,应从内、外两个向度分别审查并购对创新的影响。对于需要附加限制性条件以消除潜在创新损害的数据驱动型并购,应完善以开放数据为中心的行为救济方案体系,防止创新损害的发生,维护数字市场的竞争秩序。

关键词: 数据驱动型并购;数据封锁;二元审查;创新损害;开放数据

中图分类号:D922.51　　**文献标识码:**A　　**文章编号:**1000-5919(2022)03-0131-10

一、问题缘起

随着数字经济的兴起与迅猛发展,数据作为基本生产要素的重要性愈发凸显,平台之间针对数据的"军备竞赛"正在全球范围内激烈展开。① 在欧美,数字巨头为争夺、圈占数据频繁发起并购活动,Facebook 收购 WhatsApp、Microsoft 收购 LinkedIn、Google 收购 Fitbit 等均为适例。在中国,阿里巴巴为了补足自身在地图搜索领域的数据短板,斥资 11 亿美元收购高德地图,也是一个很好的实践注脚。

作为大数据时代产生的新兴法律现象,数据驱动型并购(data-driven merge)引发了反垄断学界的高度关注。国内学者主要从六个维度对数据驱动型并购展开研究:其一,现行申报标准的不足与合理调整;②其二,数据驱动型并购反垄断审查困境与克服;③其三;集中对数据驱动型并购的单边效应与协调效应展开分析;④其四,以国外典型案例为样本反思数据驱动型并购执法、司法的不足并提出改进建议;⑤其五,探讨并购中的隐私风险防范与用户数据保护;⑥其六,从修法角度寻求有效管控数据驱动型并购的路径。⑦ 国外学者则主要是在"大数据与反垄断"这一宏大命题下考察数据驱动型并购,格外关

收稿日期:2021-10-12

作者简介:王磊,男,安徽长丰人,中国政法大学民商经济法学院讲师,法学博士。

基金项目:中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划"数字时代的竞争法转型"(项目编号:21CXTD08)。

① 莫里斯·E.斯图克、艾伦·P.格鲁内斯:《大数据与竞争政策》,兰磊译,北京:法律出版社 2019 年版,第 377 页。

② 曾彩霞、朱雪忠:《大数据驱动型并购的事先申报制度研究》,《同济大学学报(社会科学版)》2021 年第 3 期,第 117—124 页。

③ 仲春:《我国数字经济领域经营者集中审查制度的检视与完善》,《法学评论》2021 年第 4 期,第 140—150 页。

④ 参见方翔:《数字市场初创企业并购的竞争隐忧与应对方略》,《法治研究》2021 年第 2 期,第 138—148 页。

⑤ 参见王晓晔:《数字经济反垄断监管的几点思考》,《法律科学》2021 年第 4 期,第 49—62 页。

⑥ 参见焦海涛:《个人信息的反垄断法保护:从附属保护到独立保护》,《法学》2021 年第 4 期,第 108—124 页。

⑦ 王煜婷:《数字经济背景下我国经营者集中制度的完善》,《中国政法大学学报》2022 年第 1 期,第 161—172 页。

注并购引发的数据封锁效应①,也有一些成果开始注意到了数据驱动型并购与传统并购在竞争损害方面的不同②以及它对合并执法的挑战③。关于“数据驱动型并购创新效应的反垄断审查”,学界尚未有深入、专门的研究和探讨。本文尝试结合典型案例深入考察平台发起数据驱动型并购对创新以及数字市场竞争秩序的影响,一方面,可在一定程度上纾解反垄断执法机构在执法实践中所遭遇的认知与行动上的困惑;另一方面,也有助于调适数字经济时代的经营者集中控制制度,拓展反垄断法中的创新损害理论,推动反垄断法治与数据法治变革。

二、创新效应审查的反垄断法逻辑

数据驱动型并购对创新具有双重影响。一方面,合并方整合了数据这一新型生产要素,创新能力进一步增强;另一方面,并购完成后,合并方有可能会实施数据封锁等行为,严重阻碍创新。

(一)封锁数据阻断竞争对手创新之路

数据驱动型并购发生后,合并方凭借数据优势可以在双边市场的两边(用户边、广告边)同时积蓄市场力量,实施数据封锁行为,诸如停止向竞争对手提供相关数据;显著提高数据的销售或者许可价格;刻意减损提供给竞争对手的数据质量;故意延缓提供数据以及以非标准化的格式提供数据等。④ 数据封锁会从两个层面阻碍创新活动:其一,当合并方占有的数据对于竞争对手研发、改进产品具有重要的支撑作用时,拒绝提供数据就将直接阻断竞争对手创新的可能;其二,除了阻击市场上现有的竞争者,数据封锁还可能会提高潜在竞争者进入市场的门槛。如果合并方拒绝向潜在竞争者提供数据或者虽同意提供数据但条件十分苛刻,潜在竞争者就会丧失携带新产品进入市场参与市场竞争的机会,这也会在一定程度上阻碍创新。⑤

(二)创新转移效应降低创新发生的可能

创新转移效应(innovation diversion effect)是指,并购行为所特有的因创新收益在合并方内部转移而产生的抑制合并方创新动机,削弱合并方创新意愿的效果。⑥ 以最简单的市场结构为例,在相关市场上,A、B 为竞争对手,A 引进新技术,研发新产品,B 保持不变。创新行为会增强 A 的市场力量与竞争优势,帮助它获得更多的交易机会。在 A 新增的交易机会中有一部分是原本属于 B 的。对 B 而言,A 的创新行为在客观上具有利润“掠夺”效果,呈现出负的外部性。一旦 A 与 B 合并,并购行为会将上述负外部性(利润“掠夺”效果)内部化。这在一定程度上减少了合并方整体的创新收益,具有削弱合并方创新意愿的效果。数据驱动型并购同样会引发甚至会放大创新转移效应。因为数字市场具有很强的网络

---

① Nathan Newman, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, Yale Journal on Regulation, Vol.31(2), 2014, pp.401-454.; D. Daniel Sokol & Roisin E. Comerford, *Antitrust and Regulating Big Data*, George Mason Law Review, Vol.23(5), 2016, pp.1129-1161.; Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *Access Barriers to Big Data*, Arizona Law Review, Vol.59, 2017, pp.339-381.; Konstantina Bania, *The role of consumer data in the enforcement of EU competition law*, European Competition Journal, Vol.14(1), 2018, pp.38-80.

② Ioannis Kokkoris & Tommaso M. Valletti, *Innovation Considerations in Horizontal Merger Control*, Journal of Competition Law and Economics, Vol.16(2), 2020, pp.220-261.; Colleen Cunningham, Florian Ederer & Song Ma, *Killer Acquisitions*, Journal of Political Economy, Vol.129(3), 2021, pp.649-702.

③ Herbert Hovenkamp, *Antitrust and Platform Monopoly*, Yale Law Journal, Vol.130(8), 2021, pp.1952-2050.

④ Ben Holles de Peyer, *EU Merger Control And Big Data*, Journal of Competition Law and Economics, Vol.13(4), 2017, pp.767-790.

⑤ 参见孙晋:《数字平台的反垄断监管》,《中国社会科学》2021 年第 5 期,第 101—127 页。

⑥ Federico Giulio, Langus Gregor & Valletti Tommaso, *A Simple Model of Mergers and Innovation*, Economics Letters, Vol.157, 2017, pp.136-140.

外部性,①一款新产品的用户数量越多,它对其他用户的吸引力就越大,容易造成“赢家通吃”的局面,转移效应对创新行为的抑制将更为明显。

(三)并购会制造创新“杀伤区”(Killing Zone)

在数字市场上,资本是推动数字平台激烈竞争、不断创新的关键力量。与市场上占主导地位的数字巨头不同,新进入者往往尚未盈利,没有或者只有很少量的资金积累,它们在创新方面的资金支持主要来自风险投资公司的外部融资。投资公司通过向具有发展前景的初创企业输送资金,推动企业快速发展、上市并最终在资本市场套现获得丰厚的投资回报。滴滴、抖音以及美团等企业强势崛起的背后都显露着外部资本助推的力量。如果投资公司大幅缩减对新进入者(通常掌握着最新的技术)的投资,新进入者将很难在互联网丛林中活下去。生存都难以保障,遑论创新。实践中,数字巨头频繁发起数据驱动型并购会吓退一些投资公司。因为并购发生后,合并方的竞争优势将更为明显,为保证投资回报,“投资公司会尽量避免为企业家和其他直接或间接与市场中占主导地位的数字平台竞争的公司提供资金”。② 数据驱动型并购在无形之中制造了一个创新“杀伤区”,使得投资公司没有勇气为新进入者提供创新活动需要的资金,这也会显著降低市场的创新活力。

(四)并购有时会直接扼杀一支重要的创新力量

数据驱动型并购有时会将竞争对手扼杀在摇篮之中。此前,这类以消灭潜在竞争对手为目的的“扼杀式并购”(Killer Acquisitions)多见于制药行业,一些制药企业为了维持垄断势力不惜重金收购掌握新技术的竞争对手,并购完成后即停止竞争对手对新药的研发,妨害市场竞争与药品创新。近年,“扼杀式并购”开始越来越频繁地出现于数字市场,一些数字巨头频繁发动以圈占数据、扼杀潜在竞争对手为目的的并购活动,它们似乎在随时准备着收购任何一个构成潜在竞争威胁的后起之秀,美国众议院发布的《数字市场竞争状况调查报告》充分印证了这一点。③ 当一项数据驱动型并购具有扼杀创新的目的与效果时,它就走向了异化,应当接受反垄断法的审查。④

综上,反垄断法是效率促进法,保护创新是蕴涵于反垄断法效率目标的子目标。⑤ 鉴于数据驱动型并购可能会阻碍创新,应当依法对之进行反垄断审查。

三、创新效应的二元审查路径

创新是一个动态变化的过程,反垄断执法机构在评估数据驱动型并购对创新的影响时面临着很大的困境⑥,探寻合理的审查路径与方法十分关键。

(一)数据中心主义理念指引下的初步审查

作为平台经济领域最重要的反垄断法律文件之一,《关于平台经济领域的反垄断指南》(以下简称《指南》)第二十条规定了评估并购活动的竞争影响需要考量的七项因素,将数据摆在了竞争影响评估的关键位置。《指南》规定,反垄断执法机构在评估并购对市场进入的影响时,要分析经营者获取数据的难度,用户迁移数据时的转换成本等。对于数据驱动型并购这一新型并购而言,《指南》确立的“以数

---

① 让·梯若尔:《数字经济时代的规制难题与竞争政策》,《网络法律评论》2020 年第 23 卷,第 2—20 页。

② Colleen Cunningham, Florian Ederer & Song Ma, *Killer Acquisitions*, Journal of Political Economy, Vol.129(3), 2021, pp.649-702.

③ Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation Of Competition In Digital Markets*, 2020, p.11.

④ 参见王伟:《平台扼杀式并购的反垄断法规制》,《中外法学》2022 年第 1 期,第 84—103 页。

⑤ 参见王磊:《创新目标在反垄断法上的定位与实现——兼评〈反垄断法(修正草案)第 1 条〉》,《中国政法大学学报》2022 年第 1 期,第 173—185 页。

⑥ Michael L. Katz & Howard A. Shelanski, *Mergers and Innovation*, Antitrust Law Journal, Vol.74(1), 2007, pp.1-86.

据为重”的审查思路具有重要指导意义。在以数据为审查对象的初步审查环节,反垄断执法机构在个案中可从三方面审查合并方通过并购获取的数据是否有可能对创新活动产生重要影响。

1.合并是否导致合并方对特定数据的控制

就对创新的实现而言,并不是所有类型的数据都是一个有意义的反垄断法事项。① 只有特定的数据才可能影响创新。因而,仅在笼统意义上讨论数据对创新功用的大小并不准确。一些学者觉察到创新效应审查语境下对数据进行分类的反垄断法意义,将数据分为用户自愿分享的“自愿数据”(volunteered data)、平台通过软件或在线跟踪用户活动获得的“观察数据”(observed data)以及运用算法获得的“推断数据”(inferred data)。② 也有学者将数据分为“通用数据”与“特定数据”。③ “通用数据”反映用户个人的基本信息,包括用户的姓名、性别、职业、身份证号、身高以及体重等数据;特定数据往往是数字平台经过分析、计算才能取得的数据,如用户的消费偏好、交易习惯等。学界对数据的分类具有一定的可通约性,自愿数据与通用数据的外延大体一致,这类数据分布广泛,获取难度不大,对创新的影响相对较小。相比之下,观测数据、推断数据等特定数据往往蕴含着丰富的信息,属于高价值数据,能够为产品创新提供重要的支持。因此,如果一起数据驱动型并购指向的是特定数据,反垄断执法机构应尤为注意它对创新的潜在影响。

2.特定数据是否构成竞争对手产品的关键投入

在个案中,若合并方通过数据驱动型并购获得的是特定数据,则反垄断执法机构需进一步审查涉案数据是否构成竞争对手产品的关键投入。构成关键投入的特定数据种类多样,如用户的阅读数据、消费数据以及搜索数据等。在“Microsoft 收购 Yahoo! Search Business”案中,Microsoft 通过此项并购获得了海量的搜索数据。对此,美国司法部指出,“搜索数据是提高搜索引擎服务质量所必需的投入要素,在获得 Yahoo 的搜索数据后,更大的数据库无疑有助于 Microsoft 优化自己的搜索引擎服务,进而提供更为准确的搜索结果以及更好的搜索呈现方式,从而增强 Microsoft 在搜索引擎服务市场的竞争力,这足以引起竞争担忧”。④ 因此,当特定数据构成竞争对手(包括潜在竞争对手)产品的关键投入,能够对竞争对手的经营行为产生决定性影响时,合并方可能会通过拒绝向竞争对手开放数据(关闭数据接口)来限制数字市场上的竞争,阻碍创新。反垄断执法机构应当对此保持敏感与警惕。

3.市场上是否存在特定数据的替代数据

在数据中心主义的审查路径下,反垄断执法机构在评估作为并购对象的数据对创新活动的可能影响时,还应审查对于构成关键投入的特定数据,市场上是否存在合理、可用的替代数据。数据对创新的效用不完全取决于一个数据集是否有价值更在于它是否是唯一的。⑤ 对特定数据替代性的考察可从两个维度展开:一是特定数据有无替代性;二是替代性的强弱程度如何。反垄断执法机构可以考察竞争对手能否自行收集数据或者从第三方获取数据,包括从第三方获取的数据的数量、种类以及范围,从第三

---

① Greg Sivinski, Alex Okuliar & Lars Kjolbye, *Is big data a big deal? A competition law approach to big data*, European Competition Journal, Vol.13(2-3), 2017, pp.199-227.

② Greg Sivinski, Alex Okuliar & Lars Kjolbye, *Is big data a big deal? A competition law approach to big data*, European Competition Journal, Vol.13(2-3), 2017, pp.199-227.

③ 参见王磊:《数据驱动型并购中竞争损害的新面向及救济理念革新》,《上海财经大学学报》2021 年第 6 期,第 138—152 页。

④ U.S. Dep’t of Justice, *Statement of the Department of Justice Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc.*, Feb.18, 2010.

⑤ Greg Sivinski, Alex Okuliar & Lars Kjolbye, *Is big data a big deal? A competition law approach to big data*, European Competition Journal, Vol.13(2-3), 2017, pp.199-227.

方获取数据的成本,有关限制数据交易的法律法规状况等。对于构成关键投入的特定数据,竞争对手如果能够获得相应的替代数据,这些数据也足以赋能创新,则可以谨慎地得出一个结论——合并方借助数据阻碍创新的难度较大,这类数据驱动型并购不具有反竞争性。在“Microsoft/LinkedIn 合并”案中,欧委会就指出,CRM 软件解决方案中的机器学习(Machine Learning)需要访问多个数据源,而 LinkedIn 的数据只是其中一个不太必要的数据来源。因此,那些与微软竞争的 CRM 软件提供商在 CRM 软件解决方案市场上的竞争与创新不太可能受到阻碍。① 相反,如果一项数据驱动型并购导致合并方独占了唯一数据,竞争对手被完全排除在可用数据之外,它就很有可能会阻碍创新。

综上,在初步审查环节,反垄断执法机构应仔细审查个案涉及的数据是否特定、是否构成关键投入以及是否可被替代,三者之间是逻辑递进的。三者皆“是”,则意味着一项数据驱动型并购具备了阻碍创新的重大可能,需要深入审查。

(二)内外创新效应并重的深入审查

从创新行为实施主体的角度出发,应从内、外两个向度深入审查数据驱动型并购对创新的影响。

1.内部创新效应审查

第一,审查合并方的创新动力。创新动力是经营者实施创新行为的激励性事由,它与创新能力一起共同决定了创新发生的可能性。正因如此,《经营者集中审查暂行规定》第 27 条、《指南》第 20 条均将创新动力列为并购竞争效果评估的核心因素。在反垄断法的制度逻辑下,某一创新的经济效用越大,为经营者赢得的交易机会越多,经营者创新的动力就越强劲。② 因此,并购完成后,如果有事实和证据(行业协会、利益相关者提供的资料、合并方的融资报告、财务报表等)表明合并方将凭借创新成果获得更多的用户、更多的流量或者更高的广告收益,那么,这一数据驱动型并购就很可能会对合并方的创新动力产生正向的促进作用。反之,若创新的盈利提升效果有限,合并方的创新动力自然不会太足。反垄断执法机构在分析创新动力时,还应注意创新转移效应对创新动力的影响,综合评估合并方是否能够通过创新盈利,是否有动力去创新。

第二,审查合并方的创新能力。无论在工业经济时代,还是在数字经济时代,创新能力始终是经营者的核心竞争力,持续推陈出新是经营者赢得市场的不二法则。由于经营者的创新能力会对市场竞争格局产生重要影响。因此,在关涉创新的合并中,反垄断执法机构总是将合并方在并购前后创新能力的变化作为一个重要的竞争评估事项。在审查传统并购时,反垄断执法机构主要围绕研发投入与产出、研发人员数量以及合并方抵御创新失败风险的能力、盈利能力等内容分析合并方的创新能力,格外关注合并是否能够高效整合人才与技术等要素资源,降低研发成本或以其他方式提升合并方的创新能力。③ 在审查数据驱动型并购完成后合并方创新能力的变化时,完全可以借用上述审查思路与经验并对分析的内容与重心进行适度调整即可,如除了要关注研发投入、研发设备等传统生产要素互补对合并方创新能力的增强作用外,还应尤为关注合并方在数据收集、数据存储、数据传输以及数据处理等方面的能力提升,其中,数据处理能力是重中之重。合并方处理数据的能力越强,它的创新能力就越强。另外,在评估合并方的创新能力时,反垄断执法机构还应检视合并方创新能力的提升是否直接得益于并购行为本身。为了应对数字市场的激烈竞争,即便平台没有发起数据驱动型并购,它也可能正在努力地从其他方面提升自身的创新能力,正在从事或者将要开展创新活动,此时,创新能力的提升因与并购本身没有因果关系,反垄断执法机构应当将这类因素排除在考量范围之外。在“Bazaarvoice/PowerReviews 合并”案

① Microsoft/LinkedIn, Case M.8124, Commission decision of December 6, 2016.

② 参见保罗·尼豪尔、彼得·范·克莱恩布吕格尔主编:《创新在竞争分析中的角色》,韩伟、黄晋、高雅洁等译,北京:法律出版社 2020 年版,第 5 页。

③ 参见《经营者集中审查暂行规定》第 27 条。

中,加州地方法院审查后认为,“Bazaarvoice 对平台架构、产品的任何改进都可以在没有并购交易的情况下完成。Bazaarvoice 在合并前已经在致力于这些改进,并且预计将成功实施这些改进。Bazaarvoice 没有量化合并在多大程度上节约了成本或者时间。法院也没有理由相信是合并导致了这些创新支出”。①最终,法院没有采信 Bazaarvoice 的意见。

2.外部创新效应的审查

除合并方自身外,数据驱动型并购还将不可避免地会对市场上其他主体的创新活动产生影响,其中,对竞争对手的影响尤甚,因而有必要从这一外部视角出发审查并购对创新的影响。

第一,竞争对手与合并方在创新方面的竞争。数据驱动型并购完成后,相关市场上大体会呈现两种竞争格局,其一是合并方的主要竞争对手依然存在,市场原有的竞争格局并未发生实质性改变。在这种情形下,由于承受着巨大的外部竞争压力,合并方通常不会怠于创新,反垄断执法机构无需过早介入。在“Microsoft 收购 Yahoo”案中,联邦贸易委员会最终批准了这项合并,原因就在于,合并完成之后,合并方依然需要面对 Google 这一强有力的竞争对手,相关市场上的竞争没有被明显削弱。② 其二,合并消灭了市场上的主要竞争对手。此时,由于外部竞争情势骤变,合并方的竞争约束变小,它可能会借机实施单边行为,如严格控制数据接口,阻断竞争对手获取特定数据的渠道,这会阻碍竞争对手创新,降低相关市场上的创新频率,反垄断执法机构应适时采取行动。

第二,合并方并购初创企业是否会阻碍创新。对合并方而言,初创企业是一类较为特殊的竞争对手,它们勇于创新并通过提供差异性的产品对在位者形成有力的竞争威胁,比如,在社交网络市场上,WhatsApp 为用户提供良好的隐私保护服务(不收集用户数据),进而对 Facebook 形成了巨大的威胁。初创企业在自身发展的过程中,往往不太在意营收状况,而是专注于用户规模的增长并借此获得了大量的数据,迅速成长为互联网细分领域的小巨头。因此,在位者常对它们充满敌意,视其为“搅局者”(Maverick),③欲除之而后快。在并购完成后,在位者通常选择径直暂停初创企业的一些创新项目,④这无疑也会阻滞创新,减少新产品的市场供给。对这类特殊主体,有必要予以单独考察。个案中,如果一项数据驱动型并购针对的是初创企业,而且有证据表明(并购发起方的内部文件等)并购完成后,合并方将停止创新项目,它将很可能会阻碍创新。⑤

(三)初步审查与深入审查的互动与衔接

初步审查指向的是数据,以对涉案数据竞争属性的分析为中心。深入审查指向的是并购对内部创新、外部创新的影响,以对“合并方创新动力与创新能力”等内容的分析为重中之重。初步审查与深入审查相互配合、紧密衔接,两者关系如图所示。

实践中,并非每一起数据驱动型并购都需要经历深入审查。反垄断执法机构可根据具体案情予以适用。

① U.S.v.Bazaarvoice, Inc., Case No.13-cv-00133-WHO, 2014 WL 203966, (N.D.Cal.,8 January 2014).

② U.S. Department of Justice, *Statement of the Department of Justice Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc.*, Feb.18, 2010.

③ Orla Lynskey, *Grappling with ‘Data Power’: Normative Nudges from Data Protection and Privacy*, Theoretical Inquiries in Law, Vol.20(1), 2019, pp.189-220.

④ 参见仲春:《创新与反垄断:互联网企业滥用行为之法律规制研究》,北京:法律出版社 2016 年版,第 259 页。

⑤ C. Scott Hemphill & Tim Wu, *Nascent Competitors*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 168, 2020, pp.1879-1910.

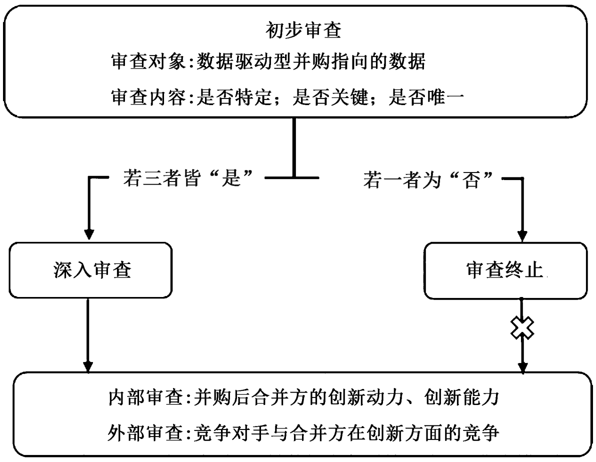

图 1　创新效应反垄断审查的分析框架

四、创新损害的反垄断救济模式

审查结束之后,反垄断执法机构依法可能需要对数据驱动型并购引发的创新损害开展救济。① 此时,应当首先明确可能发生的创新损害是什么以及拟定的救济措施何以消除潜在的创新损害。②

(一)创新损害的内容构成

以反垄断法保护的法益类型为标准,③实践中,数据驱动型并购可能引发的创新损害主要包括三方面内容:

其一,对市场竞争的损害——限制数据要素自由流动,降低数字市场竞争活力,阻碍数字经济创新发展。保障数据这一新型要素资源自由、充分流动是推动我国经济发展新旧动能转换,实现高质量创新发展的关键举措。④ 数据驱动型并购完成后,合并方为独占数据资源很可能会限制数据在竞争性平台之间自由流动,这将显著降低数据资源的配置效率,抑制数字平台的创新活力,减缓数字市场的创新频率。“熊彼特颠覆式创新”难以发生,市场竞争机能逐渐退化,引发垄断危机。

其二,对竞争对手的损害——阻碍竞争对手创新,损害竞争对手创新利益。在“Google 收购 ITA”案中,美国司法部指出,合并方对数据的控制、封锁将会阻碍竞争对手在改进其产品等方面的创新努力。⑤ 在“Microsoft 收购 LinkedIn”案中,有第三方客户管理软件提供商提出,客户关系管理软件相关功能的研发需要以领英公司的数据作为投入要素,倘若他们在并购完成后被限制访问数据库,创新能力将会被明显削弱。⑥ 数据驱动型并购强化了合并方对数据这一关键“原料”的控制能力,若合并方封锁数据,则势必会对竞争对手的创新产生阻碍效果,不但新产品的研发无法进行,既有产品的技术改进也难以完成。短期看,竞争者会因无法创新丧失一些交易机会;长期看,他们很可能被永久地排挤出市场,损失整个市场。此外,对潜在的市场进入者而言,数据封锁预期具有吓退效果,理性的潜在市场进入者可能不

---

① 依据《反垄断法》第 29 条,如果一项数据驱动型并购具有排除、限制竞争的效果,阻碍了创新,但属于不予禁止的情形,反垄断执法机构可以决定对并购附加限制性条件,以消除其对竞争的负面影响。

② U.S.Department of Justice Antitrust Division, *Merger Remedy Manual*, September, 2020.

③ 参见刘继峰:《反垄断法益分析方法的建构及其运用》,《中国法学》2013 年第 6 期,第 20—33 页。

④ 参见谢新洲、宋琢:《游移于“公”“私”之间:网络平台数据治理研究》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 1 期,第 137—146 页。

⑤ Final Judgment, Google Inc., No.1:11-cv-00688(D.D.C. Oct.5, 2011).

⑥ Microsoft/LinkedIn, Case M.8124, Commission decision of December 6, 2016.

会选择加大创新投入,而是退出市场竞争。

其三,对消费者的损害——缩减消费者选择范围,剥夺消费者本应享有的创新利益。外在竞争压力会激发企业内在创新动力。原本激烈竞争的平台一旦合并,合并方的竞争压力旋即缓释,其创新动力也将随之相应减弱。① 数据驱动型并购导致的竞争弱化可能会严重扭曲数字市场上的创新供给,其结果就是新产品、新技术越来越少,产品与技术更新迭代的速度越来越慢。显然,这会缩减消费者的选择范围,间接剥夺消费者的选择权,使其无法充分享受企业创新行为带来的益处。

数据驱动型并购引发的创新损害具有一些显著特性。首先,数字市场上的竞争更多地表现为竞争者借助新产品、新技术等奋力叩击市场大门并与在位者争胜的动态过程,数据驱动型并购引发的创新损害是对动态过程而非静态结果②的损害,具有鲜明的“过程”面向;其次,数字市场是“零价”市场,平台通常是“免费”地向用户提供产品,数据驱动型并购引发的创新损害并不体现为产品的价格上涨,具有“非价格”面向。③ 创新损害的内容构成与特性在一定程度上决定了反垄断救济的思路与行进方向。

(二)创新损害的救济展开

对数据垄断的治理需求诸数据本身,反垄断执法机构应牢牢抓住数据这个“牛鼻子”,围绕这一关键点设计救济方案。

1.行为救济具有优越性

《反垄断法》《经营者集中审查暂行规定》以及《指南》等法律规范确立了结构救济与行为救济两大并购救济模式,二者均可适用于对创新损害的救济,但由于数据驱动型并购导致的创新损害具有“过程面向”等新特性,行为救济比结构救济更妥适,原因在于:

第一,结构救济指向的是市场结构,它是建基于产业组织理论的一类救济模式,以结构主义的均衡分析范式为基础。在传统市场上,市场结构与市场力量之间存在较强的逻辑关联,高集中度的市场结构往往意味着市场力量的存在。因此,从结构出发,通过剥离合并方的资产、业务能够快速恢复竞争性的市场结构,从而较为有效地消弭并购行为引发的潜在竞争损害。然而,一旦场景切换至数字市场,情况就会发生根本变化。数字市场具有突出的网络效应,很多细分市场的集中度都比较高,寡头垄断成了“新常态”,但这种寡占状态在技术创新的强力冲击下并不如传统寡占稳定,结构性指标与市场力量之间的关联度有所减弱。④ 数字市场中的竞争是动态的,它主要指向的是竞争过程。因此,关注合并参与方动态的数据行为比紧盯静态的结构更能感知、预判市场竞争状况的变化,从数据行为入手比从市场结构入手更有助于恢复数字市场上的竞争。

第二,结构救济“毕其功于一役”⑤,一旦实施便不能再调整。这意味着结构救济无法灵活应对创新损害救济执行过程中的变化。相比之下,行为救济不仅能够及时、有效地应对救济执行过程中平台违

① 参见金美蓉:《论经营者集中救济措施中的知识产权许可》,《中外法学》2017 年第 1 期,第 171—187 页。

② 在传统市场上,影响竞争的变量(如成本、价格等)相对较少,各个变量的变动较为缓慢,经营者能够相对较为容易地维持竞争优势。因此,从总体上来说,传统市场上的竞争通常表现为一种均衡化的静态结果或者状态。Eleanor M. Fox, *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, Antitrust Law Journal, Vol.70(2), 2002, pp.371-411。

③ 参见王磊:《数据驱动型并购中竞争损害的新面向及救济理念革新》,《上海财经大学学报》2021 年第 6 期,第 138—152 页。

④ 参见时建中:《共同市场支配地位制度拓展适用于算法默示共谋研究》,《中国法学》2020 年第 2 期,第 89—107 页;王先林:《平台经济领域垄断和反垄断问题的法律思考》,《浙江工商大学学报》2021 年第 4 期,第 34—45 页。

⑤ Case T-102/96. Cencor v. Commission [1999] E.C.R.II-753.

反审查决定滥用数据力量损害创新的情形,还能够随着相关市场竞争状况的变化而动态调整救济措施,①可以持续地监督、矫治平台损害创新的行为。

2.以开放数据为中心构建行为救济方案体系

数据驱动型并购完成后,针对合并方可能实施的数据封锁等阻碍创新的行为,开放数据恰是反垄断执法机构摒除数据封锁效应、强化数字市场竞争最为有效的策略。以“Google 收购 Fitbit”案为例,在本案中,欧委会经过审查认为,Google 很有可能在并购完成后利用 Fitbit 的健康数据增强自身广告业务并拒绝竞争对手通过 API 访问这些数据。于是,欧委会要求 Google 承诺在 10 年内确保第三方能通过 Fitbit 的 API 访问其健康数据。② 开放数据深度牵连平台经营自由、创新与竞争,关涉多方主体利益。在个案中,反垄断执法机构可从三方面平衡利益冲突,把控好数据开放尺度:

第一,合理划定开放数据的范围。合并方向竞争对手(包括潜在竞争对手)等开放、共享的数据仅限于其通过数据驱动型并购获得的数据,超出并购行为覆盖范围的数据均不在开放之列。这是比例原则的基本要求,也是对合并方创新激励最低限度的保障。

第二,合理设定数据开放的条件。反垄断执法机构可通过两种方式设定数据开放条件:其一,在审查决定书中仅概括性地要求合并方公平、合理、无歧视地向竞争对手开放数据,不直接设定具体的开放条件,由合并方与竞争对手基于交易需要、供求关系协商确定开放条件。这能够在一定程度上避免反垄断执法机构过度干预市场;其二,在审查决定书中要求合并方以不高于并购前的交易条件开放数据。并购完成后,除完全拒绝向竞争对手开放数据外,合并方也可能为竞争对手获取数据制造一定的障碍,诸如以不公平的高价等方式提供数据,抑或在开放数据的过程中附加不合理的交易条件(搭售不相关的产品,要求竞争对手无偿提供交叉许可等),反垄断执法机构要求合并方以不高于并购前的交易条件开放数据可在一定程度上消解上述竞争担忧。相比前者,这一开放条件更为确定,但它无法及时回应并购前后市场的发展与变化。

第三,合理确定数据开放的期限。反垄断执法机构可以要求合并方在特定期限内开放数据,这相当于为合并方设置了义务履行的期限。开放数据很可能会减损合并方的投资热情与创新激励。因此,合理设置开放数据的期限十分必要。在“Nielsen 收购 Arbitron”案中,联邦贸易委员会要求合并完成后,合并方继续提供为期 8 年的许可,③这一做法既保证了竞争对手产品的后续创新,也保证了合并方履行开放义务不会负担过重。

对于可能引发封锁效应的数据驱动型并购,④数据开放是一项行之有效的救济措施,它立足于数据垄断的起点展开治理,能够有效预防并购可能引发的创新损害。因此,反垄断执法机构应将开放数据摆在行为救济方案体系中的关键位置,注重对开放数据、开放平台与开放网络等开放类措施的运用。除开放数据外,反垄断执法机构可以根据个案情况要求合并方承诺不损害创新,⑤并规定违反承诺的惩罚措施,强化承诺履行效果。各项行为救济措施并力共治能够有效防止数据驱动型并购中潜在创新损害的发生。

---

① 参见叶军:《经营者集中反垄断控制限制性条件的比较分析和选择适用》,《中外法学》2019 年第 4 期,第 1095—1119 页。

② Google/Fitbit, Case M.9660, Commission Decision of November 4, 2020.

③ Decision and Order in the Matter of Nielsen Holdings N.V. and Arbitron Inc., Docket No. C-4439, Feb. 24, 2014.

④ 实际上,绝大多数具有排除、限制竞争效果的数据驱动型并购都是因为合并方实施了或可能实施数据封锁行为。因此,开放数据的适用是广泛的、占主流的。

⑤ Japan Fair Trade Commission Competition Policy Research Center, *Report of Study Group on Data and Competition Policy*, Jun. 6, 2017.

结 论

数据驱动型并购强化了合并方在数据方面的市场力量与竞争优势,可能会阻碍创新。在创新日益成为经济发展新动能的当下,对数据驱动型并购的创新效应进行全面的反垄断审查必要且重要,反垄断执法机构应当将它摆在并购整体竞争效果评估的关键位置。然而,无论是《反垄断法》《经营者集中审查暂行规定》,还是《指南》都只是简单罗列了反垄断执法机构在审查创新效应时应当考量的几项因素,没有提供一个完整的理论分析框架,无法为创新审查实践提供清晰的行动指引。本文在分析、解释《经营者集中审查暂行规定》《指南》等法律规范的基础上,提出了针对数据驱动型并购创新效应的二元审查路径,即先以数据为中心进行初步审查,在初步审查的基础上,再视情从内部创新、外部创新两个维度展开深入审查,全面评估数据驱动型并购对创新活动的影响。在数字经济时代,如何更好地保护创新,推动经济高质量发展是一个横跨法域、利益牵连甚广的重大理论与实践命题。本文的探讨只是聚焦于数据驱动型并购行为并从反垄断法的角度掀开了面纱一角,未来学界与实务界对创新损害、创新效应反垄断审查的理论探讨仍将持续推进。

Antitrust Review of the Innovative Effect on Data-driven Merger and Acquisition

Wang Lei

(*Civil*, *Commercial and Economics Law School*, *China University of Political Science and Law*, *Beijing* 100088, *China*)

Abstract: In recent years, data-driven mergers and acquisitions have occurred frequently all over the world. Data-driven mergers and acquisitions initiated by large digital platforms can gather vast amounts of data. If the merging party abuses data power and competitive advantage, it may hinder innovation activities in the digital market. *The Anti-monopoly Law* clearly lists the impact of merger and acquisition on innovation as the key consideration of merger review. However, the academic community has not yet made achievements in discussing how to conduct anti-monopoly review on the innovation effect of data-driven mergers and acquisitions. Directed by *the Anti-monopoly Law* and "the Antitrust Guide on Platform Economy" it is appropriate to build a dual review path for the innovation effect of data-driven mergers and acquisitions. In the preliminary stage of review, the enforcement agency of *the Anti-monopoly Law* can return to the origin of the problem and review whether the data obtained by data-driven mergers and acquisitions are specific and constitute a key raw material for competitors, and moreover review whether the data are replaceable. In the in-depth stage of review, the enforcement agency of *the Anti-monopoly Law* needs to review the innovation power and innovation ability of the merging party, and also it needs to review whether the competitors can compete with the merging party in innovation. External review and internal review should be closely linked. As data-driven mergers and acquisitions need to attach restrictive conditions to eliminate potential innovation damage, the enforcement agency of *the Anti-monopoly Law* can, after the review, build a behavior relief scheme centered on open data according to the specific characteristics of innovation damage.

Key words: data-driven merger and acquisition; data blocking; binary review; innovation damage; open one's data

(责任编辑 郭昌盛)